

行政与法 2002.08
法学实践

关于我国立法制度中 “根据”与“不抵触”的比较

叶世治

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

摘 要 《宪法》、《组织法》、《立法法》当中都有规定,制定行政法规和规章要根据其上位法,制定地方性法规不得与其上位法相抵触。这规定看似简单,但在实际当中却很难操作,人们也往往会把二者混淆。明确认识这两大立法关系,对完善我国行政立法系统和地方性法规的立法系统,提高我国依法治国的水平有着重要的意义。本文试对“根据”与“不抵触”这两大立法关系的内涵及其表现和相关问题作一次具体阐述,并在最后对二者进行一些认识性的比较,以期理清这两种不同性质的立法关系之间的根据的区别。

关键词 根据;不抵触;涵义;具体表现;比较

中图分类号:D920.0

文献标识码:A

文章编号:1007-8207(2002)08-0070-04

我国的立法体制属于一元性立法体制,由全国人民代表大会及其常委会行使国家立法权。但是,这并不等于说所有的立法工作都要由全国人大及其常委会来完成,国务院可以根据宪法、法律制定行政法规,国务院各部委可以根据法律和行政法规制定规章,较大的市以上的地方人民政府可以根据法律、行政法规和地方性法规制定规章;而省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会在与宪法、法律、行政法规不抵触的情况下可以制定省级地方性法规,国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会在与法律、行政法规和省级地方性法规不抵触的情况下可以制定地方性法规。由此可见,上述行政机关制定行政法规、规章要以上位法为根据,而地方权力机关制定地方性法规则不能与上位法相抵触。那么“根据”和“不抵触”有什么不同呢?认识这点,对完善我国立法工作有着重大的意义。

一、“根据”的涵义

行政立法必须以上位法为“根据”,但是“根据”的涵义又是什么呢?目前尚无法律解释。从语言的角度来说,按照《辞海》解释,根据是指依据、出处、来源的意思,例如虞集《牟伯成墓碑》中就有“谈天倾倒,援引根据,不见涯涘”的句子。因而行政立法要有“根据”也即指行政立法要以上位法为其凭借,这是立法中“根据”的基本涵义。就目前我国行政立法的实际情况来看,“根据”不外以下两种情

况:

根据上位法的规定。各该行政机关就此作出的规定有以下两类表现形式:就上位法规定事项作出具体性或补充性规定,例如根据《中华人民共和国环境保护法》的“保护和改善环境”的规定,国务院颁布的《中华人民共和国自然保护区条例》就此作了在有关自然保护区内不得建设污染环境的工业生产设施的详细规定。就上位法原则性规定作出具体化规定,如上位法只规定“表扬”、“惩罚”之类的原则规定,下位法可以对此进行细化,具体规定表扬或惩罚的形式或种类。由于行政机关是执行性机关,因而上述这两类规定只能是执行性的规定。

根据上位法的授权。为何需要上位法授权呢?这是由于某些立法权限属上位法所有,各该行政机关对此不能制定相关规定,而现实当中又迫切需要立法来规范此类事项,有权机关由此才授予各该行政机关对该立法事项一定的权限,准许其进行相关的立法。一般说来授权有两种情况:一是专门授权,例如,1985年全国人大《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。二是法律、行政法规中的法条授权。而各该行政机关可就授权事项作出规定的情况主要有以下几种:创制性规定,这是指授权机关将某些技术性较强的问题或其他区域性、专业性问题的立法权限授予各有权机关行使,由于根据此类授权各该行政机关需

收稿日期:2001-11-12

作者简介:叶世治,厦门大学法学院。

要创设一定社会规范,因而进行此类授权的只能是享有立法创制权的国家权力机关。如全国人大常委会1984年授权国务院制定和发布税收试行条例,国务院依此专门授权所进行的立法即为创制性规定。补充性规定,是指为弥补自身立法的不足,授权机关授权某行政机关对相关法律进行必要的补充和修改,各该行政机关据此进行的立法即为补充性立法。由于进行此类授权的一般只能是权力机关,各该行政机关制定此类规定也可在授权范围内创设某些社会规范。例如,1983年,全国人大常委会《关于授权国务院对职工退休退职办法进行部分修改和补充的决定》,国务院依此对全国人大批准的《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》进行的修改和补充即为补充性规定。执行性规定,由于行政机关是执行性机关,非经授权没有立法创制权,因而上述两类规定也就必然包含一定的执行性因素,而现实当中各该行政机关根据一般的法条授权制定的规定则大多数为执行性的规定,例如很多法律、法规当中都有一条授权某行政机关“根据本法制定实施细则”即为此类;而对有关行政法规授权的,各该行政机关据此制定的规定也只能是执行性规定。此外,尚有一类特殊情况即:变通性规定,这类根据立法是指为照顾特殊区域的需要,有权机关通过授权的方式允许特定行政机关就某立法事项的相关问题作出变通性规定。例如,1990年国务院发布的《学校卫生工作条例》第39条就规定,“贫困县不能全部适用本条例第6条第1款和第7条规定的,可以由所在省、自治区的教育、卫生行政部门制定变通规定,变通的规定应当报送国家教育委员会、卫生部备案。”^[1]有关省、自治区的教育、卫生行政部门依此授权可以制定的规定即为变通性规定。

而在上位法未有规定作为其依据或相关的授权的情况下,各该行政机关是否能够从实际需要出发,自行制定行政法规、规章?有学者认为,“根据”不能理解为直接根据宪法和组织法。在无上位法规定情况下,“不能从诸如所谓的‘需要’之类的要求出发制定”行政法规、规章。^[2]笔者认为,这一观点有失偏颇。首先,在这里,根据的范畴被缩小了,宪法、组织法规定的行政机关的主体资格和立法事项不能被视为另一种形式上的“根据”,这就大大束缚了行政机关的手脚,由此使我们难免在现实当中遇到这样的二律背反的困境:在没有法律、法规可依据的情况下各该行政机关解决实际问题无法可依,而其自行立法则被视为违法,而如果坚持有据可循,则不能满足某些行政管理的急切要求,使实际工作难以顺利展开。按照《立法法》第56条第2款第2项规定行政法规可就“宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项”作出规定,第73条第2款第2项规定地方政府规章可就“属于本行政区域的具体行政管理事项”作出规定,依此正是:《立法法》的上述规定只能理解为宪法、组织法明确规定各该行政机关可以立法的事项,各该行政机关可根据宪法、组织法制定行政法规、规

章。如宪法第89条第3款规定国务院可以“规定各部和委员会的任务和职责”,第107条第3款规定省、直辖市的人民政府可以“决定乡、民族乡、镇的建置和区域划分”。因而,对国务院而言,其立法事项范围就排除了:不属于其行政管理职权的,如刑法、审判、检察制度、诉讼程序等方面的问题;属于其行政管理职权内的事项,但却属于全国人民代表大会及其常委会专属立法权的范围。除此之外,无法律规定,国务院可以根据宪法的明确授权进行立法。而对于地方人民政府,就宪法、组织法的精神而言,其“本行政区域的具体管理事项”大体包括:“一是有关行政程序方面的事项,二是有关行政机关自身建设方面的事项,三是不涉及创设公民权利和义务的有关社会公共秩序、公共事务或者事业的具体管理制度等。”^[3]宪法、组织法没有明确授权各该行政机关立法的事项,又无法可依,各该行政机关不能从实际需要出发自行制定行政法规、规章,而对于切实需要制定法律的,必须申请授权或提出法律、法规案,由有权权力机关依法制定。

据上所述,我们就可以对“根据”作如下认识:“根据”是指行政机关在制定行政法规和规章时必须严格依照上位法的授权,或者是依照上位法的规定和精神来制定,对于没有相关的授权或法律、法规可依据的情况下,也可根据宪法和组织法明确授权给予该行政机关的立法事项及相关精神,进行立法活动。

二、“不抵触”的涵义

“不抵触”原则是指地方权力机关制定的地方性法规不得与其上位法相抵触。“不抵触”的涵义,目前亦尚无法律解释,按照《辞海》解释,“不抵触”是不冲突,不矛盾的意思。作为一种立法关系的原则,它则是指下位法不能与上位法有相冲突、矛盾的地方。在现实中,“不抵触”有以下两种表现情况:

与上位法具体规定不抵触。这是指省、自治区、直辖市的人大及其常委会和较大市人大及其常委会的立法原则。一般说来,这类“不抵触”还有以下两种在不同立法环境下的表现:

上位法尚未作出规定,地方权力机关可先行立法。《立法法》第64条第2款规定,除法律规定的事项外,“其他事项国家尚未制定法律或行政法规的,省、自治区、直辖市和较大市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。”也就是说,在上位法还未作出规定的情况下,省、自治区、直辖市和较大的市可就某些适宜事项先行制定地方性法规。如1993年福建省人大通过的《福建省村镇建设管理条例》,在此之前,国家尚未有村镇建设的相关法律、法规出台。而上位法尚未作出规定有时是因为上位法没有必要就该类情况作出规定,这类情况就是

《立法法》第64条第1款第2项规定的“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。”何为地方性事务？我们认为，所谓的地方性事务就是指宪法或组织法规定的属于地方政府的权限范围内的、地方特有的事务或由地方管理更为有效的事务。如湖南、湖北、江西等省有关血吸虫问题就是属于地方性事务。应当明确，对于这类上位法没有明确规定的，下位法作出的规定不能与上位法的立法目的和立法精神相违背。

上位法已经作出规定的，省、自治区、直辖市和较大的市为执行上位法规定的需要，可以根据本行政区域的实际情况，再作具体规定，制定地方性法规，但其具体条文不能与其上位法相矛盾或冲突。一般说来，在立法实践当中，此类“不抵触”应当具有以下几个含义：法律或行政法规对某一立法事项的基本方向和范围已作出规定的，下位法不能违背这一方向或超越这一范围；法律或行政法规对某一事项作出明确的规定的，下位法不能作出与法律和行政法规相反的规定：不能钻上位法的空子，变相违反上位法的规定，搞“上有政策，下有对策”。例如为执行《中华人民共和国野生动物保护法》，1993年福建省人大制定的《福建省实施 中华人民共和国野生动物保护法 办法》当中就结合本省实际于第六条规定“每年的3月25日至31日为福建省爱鸟周，10月份为福建省保护野生动物宣传月。”^[4]

不抵触的反面是抵触，抵触在现实当中一般有以下几种情况：违背上位法所确立的特定涵义。如《中华人民共和国渔业法》第30条规定“未按本法规定取得捕捞许可证，擅自进行捕捞的，没收渔获物和违法所得，可以并处罚款，情节严重的并可以没收渔具。”而《福建省实施 中华人民共和国渔业法 办法》第34条规定“未取得捕捞许可证或者伪造捕捞许可证进行捕捞的，情节严重的，可以没收渔船。”这里就把“渔船”这一交通工具误解为是属于“渔具”的行列。由此，最高人民法院在《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致应当执行法律和行政法规的规定的复函》中就认为此规定与《渔业法》的具体规定不一致。^[5]超出上位法所设定的范围。如《中华人民共和国公路管理条例》第29条规定“兴建铁路、机场、电站、水库，铺设管线或者进行其他建设工程需要挖掘公路，挖掘、占用、利用公路用地及路设施时，建设单位必须事先取得公路主管部门同意，……，工程完成后，建设单位应当按照原有技术标准，或者经协商按照规划标准修复或者改建公路。”而《四川省公路路政管理条例》第5条则规定“其他单位和个人占用、挖掘公路，应向交通部门缴纳公路占用费。”这里的“应向交通部门缴纳公路占用费。”就超越了上位法规定“应当按照原有技术标准，或者经协商按照规划标准修复或者改建公路。”的义务范围。由此，最高人民法院在《关于公路路政管理机构行政主体资格及有关适用法律问题的答复》中认为该规定与《公路管理条例》有

关规定相抵触。^[6]违背上位法的精神。例如，上位法对同一违法行为的处罚种类和处罚规定已作出规定，下位法任意改变此类规定。对此，《行政处罚法》第11条第1款就有规定：“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为种类和幅度的范围内规定。”违背上位法所确立的原则。例如，《行政处罚法》规定了公正处罚原则，要求设定和实施行政处罚必须以事实为依据，处罚的种类和幅度应当与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相适应，因此，下位法如把违法行为人的态度等规定为实施处罚时应当考虑的因素则被视为抵触。此外，下位法任意扩大或缩小上位法规定的时限、执法途径和执法行为的救济途径，也被视为抵触的范畴之内。与上述情况相反则是，不抵触必须不能有上述情况之一，也即要遵循上位法的特定涵义、范围、精神等等要求。

与上位法规定的基本原则不抵触，这是指民族自治地方的人大或经济特区的人大及其常委会立法时，在不违背上位法的基本原则的基础上，可以变通地进行。可分为两种情况：

民族自治地方的变通立法。按照《立法法》的规定，民族自治地方的自治条例和单行条例在不违背上位法的基本原则的前提下，可以依照当地民族的特点对上位法作出变通规定，但不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他上位法专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

一般说来，民族自治地方变通立法主要有以下两种表现形式：法律或法规明确授权自治地方可以制定变通的或者补充规定的。例如，1980年的《中华人民共和国婚姻法》第36条就规定“民族自治地方人民代表大会和它的常务委员会可以依据本法的原则，结合当地民族婚姻家庭的具体情况，制定某些变通的或补充的规定。”^[7]依此规定，《西藏自治区施行 中华人民共和国婚姻法）的变通条例》第1条规定“结婚年龄男不得早于20周岁，女不得早于18周岁。”^[8]这是对《婚姻法》第5条“结婚年龄男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。”^[9]所作出的变通规定。而对于少数民族传统的婚嫁仪式，该条例在坚持“婚姻自由”原则的前提下，对第3条作出“应予尊重”的变通规定。法律、法规没有明确规定可以变通的，在不属于中央专属立法权限范围内，根据当地民族的政治、经济和文化的特点，需要进行变通的。例如，《中华人民共和国义务教育法》第5条规定“凡年满6周岁的儿童，不分性别、民族、种族，应当入学接受规定年限的义务教育，条件不具备的地区，可以推迟到7周岁入学。”^[10]根据本地区的经济文化特点，《新疆维吾尔自治区义务教育实施办法》第10条规定“凡年满6周岁的儿童，不分性别、民族，应入学接受规定年限的义务教育……，少数特别困难的地方，经县（市、区）级教育行政部门批准，可以推迟到8周岁入

学。”^[11]这是新疆维吾尔自治区人大在《义务教育法》未明确授权的情况下，对儿童入学年龄作了变通的规定。

经济特区的变通立法。由于经济特区是对外开放的窗口、改革的试验地，为更好发挥其前沿作用，中央对其立法权限范围作了较为宽松的规定，如全国人大在1992、1994、1996年分别对深圳、厦门、汕头和珠海的变通立法权限作了粗线条的规定，特区权力机关可“根据具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则制定法规”，在各该特区实施，特区立法允许在具体制度上进行创新，可以进行一些超前性的立法，包括对法律、行政法规尚未作出规定的领域进行立法和进行科学预测，对即将出现的社会关系进行超前规范，《立法法》第81条也规定“经济特区根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。”这也就是经济特区立法与普通行政区域立法的差异所在。

据此，我们认为，“不抵触”的涵义有广义和狭义之分。广义的涵义包括与上位法的具体规定不抵触和与上位法规定的基本原则不抵触（即变通）。与上位法的基本原则不抵触即变通立法是指民族自治地方和经济特区的地方权力机关根据宪法的规定，在不与法律和行政法规的基本原则相抵触的前提下，可以从本地实际需要出发，变通地创设有关社会规范。狭义的“不抵触”是指与上位法的具体规定不抵触，它是指省、自治区、直辖市的有权地方权力机关为执行法律、行政法规的需要，制定的地方性法规不能与上位法的相关规定相冲突、矛盾，而就中央尚未制定法律、行政法规的事项或属于地方性事务的，有权地方权力机关制定的法规也不能违背有关法律制定的精神和目的。

三、“根据”与“不抵触”的异同

“根据”与“不抵触”反映了两种立法应当遵循的原则，二者表现有一致性，又有区别：

“根据”是行政机关制定行政法规、规章必须遵循的原则。从上文的分析可知，根据就是各该行政机关在立法时必须严格依据上位法的授权或其规定、精神，这种依据表明，在上位法尚未对相关立法事项进行授权或作出相关规定情况下，各该行政机关先行立法，就是明显违背上位法的原意，这种未有根据的立法，可被视为抵触立法，按宪法和有关法律的规定，有权机关可依法撤销它们。由此可见，根据当中必然性地包含有不抵触的因素。

“不抵触”是地方权力机关制定地方性法规必须遵循的原则。同样从上文的分析可知，不抵触当中也包含着一定的根据因素，虽然此类的根据要求较为宽松。例如，对于上位法未作出规定的，地方权力机关立法必须根据相关法律的精神和目的，而对于上位法已作出规定的，地方权力机关的“不抵触”规定则是必须根据上位法规定的方向、范围、原则等等来制定。

但是“根据”和“不抵触”也有很大的不同，首先，“根据”比“不抵触”要求在形式上更为严格。

“根据”立法必须遵照上位法的目的，严格按照上位法的规定来进行，没有法律的具体依据就不能“创制”，因而行政机关在立法时，在立法的形式标准中必须注意一个特定的条文——即行政机关制定某行政法规、规章是依据哪一个母法的规定而制定的，必须在其法规中反映出来，而且这一立法依据必须作为其法规的第一条，通常可以表述这个依据条文为“根据××法××条规定特制定本条例（规章）”；而“不抵触”立法在形式上较为灵活，它可以根据本地特殊情况，在上位法未规定或授权的情况下进行某些适宜的立法。其次，从内容上讲，“不抵触”立法可以根据本地特点，在与上位法“不抵触”的情况下设定某些新的权利义务规范，而“根据”立法除非经特别授权，否则只能制定执行性的规定。最后，由“根据”所立之法的稳定性不如由“不抵触”所立之法。由于“根据”立法中有一部分是根据上位法的授权来进行的，而这种授权的原因有时候是因为该立法事项的立法条件尚未成熟，因而，有权权力机关将其授权给行政机关，令其先行立法进行试验，待条件成熟后再由权力机关制定成为相关的法律或地方性法规。依此我们也就可以看出，由“根据”所立之法有部分是具有过渡性的。

“根据”立法与“不抵触”立法在我国的依法治国方略中所起的作用不尽相同。“根据”立法使国家各项法律的原则性规定得到更为具体的体现，便于上位法的实施。而“不抵触”立法在使上位法的规定具体的同时，它还具有一定程度上的补充性，从而使上位法能够适应不同情况的需要。

当前我国立法中有很大部分是通过根据与不抵触这两大立法关系来完成的，因而，认清“根据”与“不抵触”的关系，规范立法中“根据”与“不抵触”的运用，对于完善我国行政立法系统和地方性法规立法系统，提高我国法制建设的正规化程度，确保各国家机关各司其职，各尽其能，充分发挥它们在依法治国中的积极作用有着极其重大的意义。

【参考文献】

- [1]全国人大常委会法制工作委员会：《中华人民共和国法律分类总览（国家法、行政法卷）》[C]，法律出版社1994年版，第1199页。
- [2]罗豪才：《行政法论丛》（第1卷）[C]，法律出版社1998年版，第134～135页。
- [3]吴高盛：《立法法》条文释义[M]，人民法院出版社2000年版，第131页。
- [4]福建省人大常委会法制委员会：《福建省地方性法规汇编》（1993）[M]，1994年版，第36页。
- [5]顾昂然、肖扬：《中华人民共和国司法解释总览》[C]，法制出版社1996年版，第871页。
- [6]王怀安等：《中华人民共和国法律全书（1995年增编本）》[C]，吉林人民出版社1996版，第1833页。
- [7][8][9]全国人大常委会法制工作委员会：《中华人民共和国法律法规全书》（第二卷）[C]，中国民主法制出版社年版，第31、32、65页。
- [10][11]全国人大常委会法制工作委员会：《中华人民共和国法律法规全书》[C]（第九卷），中国民主法制出版社1994年版，第954、1250页。

（责任编辑：张亚光）